



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MARIA LUIZA PONTES FERREIRA

**OS LIMITES DE POSSIBILIDADE E LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

BRASÍLIA

2012

MARIA LUIZA PONTES FERREIRA

**OS LIMITES DE POSSIBILIDADE E LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UnICEUB.

Orientador: Professor Dr. Alvaro Luis de
Araujo Ciarlini

BRASÍLIA

2012

MARIA LUIZA PONTES FERREIRA

**OS LIMITES DE POSSIBILIDADE E LEGITIMIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Professor Dr. Alvaro Luis de
Araujo Ciarlini

BRASÍLIA, 28 DE SETEMBRO DE 2012.

BANCA EXAMINADORA

Alvaro Luis de Araujo Ciarlini

(Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

“A força da lei é, pois, uma esperança. Para os destituídos, ela serve como alavanca para exprimir um futuro melhor [...]. Legislar, assim, é mais básico do que fazer cumprir a lei”.

Roberto DaMatta

RESUMO

Diante dos inúmeros direitos conquistados que conhecemos hoje, compreendemos também que eles dependem da mobilização social e da atividade do Poder Público para serem efetivamente acessados, indistintamente, por todos seus usuários. No que tange especialmente aos direitos fundamentais sociais – como os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança e ao lazer - são estes os mais dificilmente obtidos porque dependem de uma atuação positiva do Estado, seja por meio de políticas públicas, na sua forma essencial, ou até mesmo pelas vias judiciais, de maneira subsidiária. Neste contexto, faz-se mister observar as possibilidades de implementação de tais direitos por meio da ação civil pública, instrumento este que vem se revelando promissor em razão da peculiar característica de ser uma ferramenta jurídica, porém com traços políticos delimitados, estabelecendo, dessa forma, o necessário equilíbrio entre os pólos justiça e política. E, inevitavelmente, a concretização dos direitos fundamentais sociais depende da reunião de esforços desses diferentes atores.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Acesso à justiça. Judicialização da política. Ação civil pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	10
1.1. Considerações iniciais	10
1.2. Em espécie.....	11
1.3. Aplicabilidade.....	13
1.3.1. Eficácia <i>versus</i> Efetividade.....	13
1.3.2. Caráter programático	15
1.3.3. Princípio da proibição de retrocesso social	17
1.4. Deficiência na implementação/concretização	18
1.4.1. Obstáculos ao acesso à Justiça.....	18
1.4.1.1. Desconhecimento jurídico	20
1.4.1.2. Os custos de uma demanda	22
1.4.1.3. Razoável duração do processo e celeridade.....	26
1.4.1.4. Litigância habitual	28
2. A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	31
2.1. A separação dos Poderes e o “sistema de freios e contrapesos” no cenário brasileiro atual	31
2.2. A atuação precária do Poder Executivo na concretização dos direitos sociais.....	33
2.2.1. A (in)aplicabilidade do princípio da reserva do possível.....	35
2.3. Os limites de atuação do Judiciário.....	38
2.3.1. A inevitável judicialização da política na concretização dos direitos sociais	40
2.3.2. Substancialismo <i>versus</i> Procedimentalismo	43
2.4. Medidas alternativas ao Judiciário	45
3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	49

3.1. Direitos Metaindividuais.....	49
3.1.1. Direitos Difusos.....	50
3.1.2. Direitos Coletivos.....	51
3.1.3. Direitos Individuais Homogêneos	52
3.2. O instituto.....	53
3.3. Cabimento	55
3.4. Legitimados à propositura.....	60
3.5. Caráter político	62
3.6. Efetivação dos direitos fundamentais sociais por intermédio da Ação Civil Pública	64
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Falar em direitos fundamentais implica no retorno à sua origem, ao momento de seu reconhecimento e, finalmente, à sua concretização.

Na realidade brasileira, a primeira dessas fases, o nascimento dos direitos fundamentais, não foi fruto de conquista popular como em outros países. Isso demonstra que não somos, historicamente, um povo que luta por mudanças, mas que na maioria das vezes, “importa” de outras nações as inovações legislativas e jurídico-normativas.

No que tange ao reconhecimento desses direitos, somos bastante autênticos e eficientes. Possuímos uma das constituições mais avançadas do mundo em termos de direitos fundamentais. Prevemos direitos de primeira, segunda e terceira geração, acolhemos as minorias e não fomos superficiais no tratamento de cada um dos temas relevantes, mas, ao contrário, os detalhamos, muitas vezes com precisão, no campo do dever-ser.

Finalmente, quanto à concretização dos direitos fundamentais, ou seja, no plano do ser, possuímos enormes deficiências, em especial quanto aos direitos fundamentais sociais ou direitos de segunda geração.

Trata-se, pois, de uma circunstância delicada, porque uma vez que a concretização de tais direitos depende de uma atuação positiva do Estado, na inefetividade deste, apesar de esta não ser uma de suas atribuições típicas, é o Judiciário quem, na análise dos casos concretos vem determinando o cumprimento de direitos como aqueles à saúde e à educação.

Isto posto, aduzimos que o presente trabalho tem por escopo analisar, comparativamente, e sob a melhor análise do substancialismo e do procedimentalismo, de que forma o Judiciário pode ou deve intervir na concretização desses direitos, sem, entretanto, invadir a seara dos demais Poderes.

Mais do que isso, verificaremos a possibilidade de tal objetivo ser atingido por intermédio da ação civil pública, instrumento este que proporciona largamente o acesso à justiça, além de promover efeitos políticos diante da grandeza de suas decisões.

No capítulo de abertura, far-se-á uma apresentação dos direitos fundamentais sociais, categoria esta que se consubstancia na seara dos direitos responsáveis pela promoção do bem-estar social dos indivíduos de uma sociedade. Serão tratados também alguns dos obstáculos ao acesso à justiça que, por consequência, retardam a efetividade dos referidos direitos.

No segundo capítulo, a abordagem fica a cargo da temática da judicialização da política que, uma vez acessada, subsiste no tênue limite entre essas duas esferas – jurisdição e política-, seus instrumentos e interesses. Dessa forma, serão apresentados o desempenho e a legitimidade do Judiciário na promoção dos direitos fundamentais sociais, sob os aspectos do substancialismo e do procedimentalismo.

Finalmente, no terceiro capítulo, abordaremos a ação civil pública, instrumento essencialmente jurídico que admite uma intervenção política comedida do Judiciário, visando não a modificação de suas características e atribuições originárias, mas sua atuação legítima na promoção do bem-estar social da maioria da população brasileira, que carece dessa estima.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1. Considerações iniciais

Vivemos, ainda, na consagrada e saudosa Era dos Direitos.¹ Há quem defenda, entretanto, que as pessoas podem usufruir dos seus direitos, em especial de sua liberdade, desde que se comprometam a uma contraprestação, o que se aproximaria de uma era dos deveres. Deparamo-nos, pois, com a ideia de ‘custo dos direitos’,² tanto para o Estado, como para os cidadãos - os beneficiados.

Todavia, refutamos este pensamento mediante a avaliação de que, se os direitos ainda não foram atingidos na sua plenitude, não é viável e razoável que haja uma cobrança na mesma proporção dos indivíduos na forma de deveres, leia-se “taxas”.

É evidente que o cumprimento de alguns deveres é básico e necessário para o convívio harmônico em sociedade, em especial aqueles que advêm do costume e da moral; além daqueles taxativos, impostos pelo Estado e sujeitos a penalidades.

Por outro lado, quanto aos direitos, os indivíduos têm uma legítima expectativa frente ao Estado, esperando dele proteção e efetividade.

A construção desses direitos é fruto de conquistas ao longo de décadas e, “[...] por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.³

Em relação aos procedimentos judiciais, também eles vêm se adaptando ao contexto de cada sociedade, mas voltados sempre para a questão da ‘justiça social’, enfatizando, desse modo, os procedimentos destinados à proteção dos direitos fundamentais.⁴

¹ Referência ao título da obra *A Era dos Direitos: A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

² Referência à obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 93.

Gradativamente, portanto, em sintonia com as necessidades humanas ou interesses sociais e estatais, adequados à realidade de cada momento histórico, surgem os direitos e juntamente com eles, surgem novos sujeitos de direitos e também novos instrumentos para sua tutela.⁵

1.2. Em espécie

Uma característica marcante da Constituição Federal de 1988 é seu caráter analítico, ou seja, a abrangência de temas das mais diversas searas do Direito, atribuindo-lhes tratamento constitucional, na forma de princípios norteadores, respeitada essa qualificação.

Diante de tanta informação distribuída em duzentos e cinquenta artigos, afora aqueles específicos de áreas determinadas do Direito, alguns se destinam a prestações negativas do Estado, outros a prestações positivas e, finalmente, prestações dirigidas à coletividade.

Interessam-nos aqui as prestações positivas, ou direitos fundamentais prestacionais, ou direitos fundamentais sociais, ou ainda, direitos de 2ª geração. As nomenclaturas divergem, ocultadas por ideologias de contextos históricos diferentes, mas que, na essência, se igualam, representadas por aqueles direitos que ditam um fazer, ou seja, aguardam uma ação por parte do Estado.

Esses direitos fundamentais sociais, pois assim adota nossa Constituição, estão distribuídos ao longo do texto constitucional,⁶ mas concentram-se, especificamente, em seu art. 6º:

“Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁷

O legislador ocupou-se ainda de prestar tratamento constitucional apartado quanto a alguns desses direitos, o que se justifica por sua evidente importância. Vejamos:

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 135.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 6º, *caput*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.⁸

Em matéria de educação, também o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 54, inciso I, ressaltou o dever do Estado em respaldá-la:

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”.⁹

Conforme se extrai desses excertos, o Estado tem o dever de garantir, ao menos saúde e educação a seus indivíduos, na forma de prestações materiais, pois é exatamente o que se espera do Poder Público.¹⁰

Importante notar, ainda, quanto a essa classe de direitos – os sociais - que eles se perfazem na pretensão de propiciar não a vida ou a liberdade em si, pois estas já se presumem garantidas, mas sim o bem-estar, com o mínimo de dignidade a que os indivíduos fazem jus.

É neste aspecto que os direitos fundamentais de 2ª geração se distinguem dos de 1ª geração:

“Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”.¹¹

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), arts. 196, *caput* e 205, *caput*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 54, inciso I. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹⁰ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

¹¹ SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 286.

Cumpra destacar também, que ambas as categorias de direitos fundamentais supramencionadas exigem gastos dispendiosos por parte do Estado para que se vejam efetivados, e nesse aspecto sim, concordamos com o ideal de “custo dos direitos”.¹²

Esses gastos vão desde o oferecimento de acesso à Justiça, passando pela criação e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros, até a garantia dos próprios direitos em espécie.¹³

E, “[...] embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*”.¹⁴

Vencidas essas diferenças, daqui em diante nos ateremos aos direitos fundamentais sociais.

1.3. Aplicabilidade

1.3.1. Eficácia *versus* Efetividade

A doutrina por ora utiliza o termo eficácia e por outras vezes, efetividade. No Direito Administrativo, faz-se ainda a distinção entre o significado do vocábulo eficiência, que descreve um ato que, além de cumprir o seu objetivo, o faz da melhor forma possível, dentre as necessidades e possibilidades da Administração Pública.

Para este trabalho, no entanto, essa terceira nomenclatura se mostra obsoleta, mas no que se refere às duas primeiras, complementadas pelo termo “jurídica”,

¹² Referência à obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

¹³ SILVA, da Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 591.

¹⁴ SILVA, da Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 593.

adotam um significado próprio e essencial ao estudo dos direitos fundamentais, em especial no que tange à sua implementação.

Andreas J. Krell distinguiu eficácia jurídica de efetividade jurídica da seguinte forma:

“Por eficácia jurídica entendemos a capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A *efetividade*, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.¹⁵

De acordo com essa classificação, a situação do nosso país se enquadra como carente de efetividade jurídica, apesar de formalmente existirem normas que instituem os direitos fundamentais sociais, promovendo assim, ao menos sua eficácia jurídica.

Em outra perspectiva, José Afonso da Silva definiu eficácia jurídica como “[...] a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”.¹⁶ Já aquilo que até aqui fora tratado por efetividade jurídica, foi por ele denominado de ‘eficácia social’.¹⁷

Sistematizados os dois conceitos – eficácia jurídica e social, ele assim dispôs a correlação entre eles:

“Os dois sentidos da palavra *eficácia*, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, como já anotamos antes”.¹⁸

Estabelecida a conexão entre eficácia jurídica e efetividade jurídica, tratando-as como indissociáveis, José Afonso da Silva é enfático na defesa de que toda norma constitucional é provida de eficácia, ou seja, é capaz de produzir e de fato produz efeitos no mundo jurídico, ainda que não os produza no mundo dos fatos, ou seja, quanto à sociedade – eficácia social.¹⁹

¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 39.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66.

¹⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66.

¹⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.

Mais recentemente, também Ingo Wolfgang Sarlet compartilhou – ainda que parcialmente - do mesmo posicionamento de José Afonso da Silva, acrescentando ainda que “inexiste norma constitucional destituída de eficácia, na medida em que toda e qualquer norma da constituição sempre é capaz de gerar algum tipo de efeito jurídico”.²⁰

Por conseguinte, no que tange à efetividade jurídica, os três autores coincidem quanto à ideia de que esta resta prejudicada, em que se pese o modelo brasileiro, que se apresenta, paradoxalmente, como “[...] um país cheio de leis, mas sem lei”.²¹

Diante de tantas classificações, de diversos autores, importa notar que, na essência, se assemelham e têm um mesmo fim, qual seja, rotular e qualificar o fenômeno da aplicabilidade das normas constitucionais no ordenamento jurídico. classificar

Em suma, independentemente de denominações teóricas, relevante mesmo é termos a consciência de que, no Brasil, esse binômio - eficácia jurídica e efetividade jurídica - é facilmente distinguível na prática; porque, apesar de a nossa Constituição ser uma das mais modernas no âmbito dos direitos sociais – eficácia jurídica -, os cidadãos ainda não usufruem de maneira satisfatória daquilo que impõe o Direito. Ou seja, falta efetividade.

1.3.2. Caráter programático

Com o intuito de explicar essa falta de efetividade dos direitos sociais, mas manter de certa forma sua eficácia foi que, em uma de suas classificações, José Afonso da Silva estabeleceu a categoria das normas programáticas.

Por sua vez enquadrada dentro de outra categoria, a das normas de eficácia limitada – “[...] aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”-,²² as normas programáticas

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 241.

²¹ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43.

²² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 118.

veiculam metas sociais a serem cumpridas, enunciadas como compromisso do Estado, que tem por expoente a norma constitucional.²³

Assim, definir as normas de direito fundamental sociais como normas de eficácia limitada, equivale a dizer que elas existem formalmente, mas não são de pronto acessíveis e efetivas a seus reais destinatários.

O que se vem discutindo, contudo, é de que forma e utilizando-se de quais meios é possível transformar essas normas - que já existem no mundo jurídico, são válidas, mas, no entanto, carecem de eficácia e efetividade – em normas concretas que produzem efeitos capazes de atingir os indivíduos em geral, proporcionando-lhes o bem-estar típico dos direitos sociais.²⁴

Ressalte-se que para José Afonso da Silva, direitos como o direito à saúde e o direito à educação, apesar de serem direitos fundamentais sociais, não se incluem nesse rol de normas com caráter programático, porque em ambos os casos “[...] a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito”.²⁵

De forma genérica, entendemos que essa lista de afazeres a longo prazo limita a atuação e deixa em aberto quem ou qual instituição deve ser designada para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos em normas programáticas e mesmo aos demais, como é o caso dos direitos à saúde e à educação, que de tão básicos que são, deveriam ter, de fato, aplicabilidade imediata.

Cria-se, assim, um impasse que será discutido ao longo desse trabalho, qual seja, se cabe ao Judiciário agir positivamente e proteger os direitos fundamentais sociais não implementados em sua plenitude até o presente momento, ou se deve haver, de pronto, uma desjudicialização da política e uma redivisão das atribuições dos Poderes, um não interferindo na esfera de atuação do outro.

²³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 138.

²⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 140.

²⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 150.

1.3.3. Princípio da proibição de retrocesso social

Em um contexto de extrema falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, seria um eminente retrocesso social admitir-se que normas criadas com o fito de garantir os direitos fundamentais sociais sejam simplesmente revogadas.

É claro que, como já discutimos, não é porque existem normas formais - que fornecem eficácia jurídica - que os direitos serão efetivados – efetividade jurídica -, mas este é o primeiro passo para a exeqüibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Para evitar essa situação jurídica, defende-se hoje, por meio do que se consagrou chamar de princípio da proibição do retrocesso social, “[...] que não se possam simplesmente revogar as leis que cuidam dessa concretização, sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva”.²⁶

Além disso, esse princípio preleciona ser inadmissível que o legislador trate um direito fundamental social de forma desprestigiada em relação ao tratamento anteriormente oferecido ao mesmo, pois isto afetaria diretamente o projeto de modernidade da nossa Constituição.²⁷

Ingo Wolfgang Sarlet, que também aposta nesse princípio,²⁸ como garantidor das normas já existentes em prol dos direitos fundamentais sociais, incita também o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais como maximizador dessa proteção.²⁹

Entretanto, apesar dessas manifestações acadêmicas, por enquanto, a nossa jurisprudência ainda não reconhece o devido valor ao princípio da proibição de retrocesso

²⁶ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 344.

²⁷ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 344.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 417-418.

²⁹ SARLET, Ingo, 2004, p. 113-115, apud DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 354.

social,³⁰ que, ainda que indiretamente, ajuda a proporcionar a plena consecução dos direitos fundamentais sociais.

1.4. Deficiência na implementação/concretização

1.4.1. Obstáculos ao acesso à Justiça

Conforme demonstramos, as normas de direitos sociais existem, o que falta é dar-lhes efetividade,³¹ de modo que todos os indivíduos, indistintamente, sejam contemplados e amparados, a fim de que seja respeitado o preceito da dignidade da pessoa humana.

Em uma visão mais pessimista e talvez mais realista, Mauro Cappelletti assume que sempre hão de haver diferenças entre as partes litigantes,³² mas isso não impede que busquemos diminuir essas diferenças e promover o acesso à justiça do maior número de pessoas e da melhor maneira possível.

As sociedades despertaram para esse problema no curso da década de 60³³ e desde então, os estudiosos do Direito, assim como o próprio sistema judiciário - que não estava agindo harmonicamente em relação às necessidades da maioria da população - passaram, primeiramente, a identificar os problemas, para então buscar soluções factíveis.³⁴

³⁰ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 356.

³¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 33.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10.

Todavia, ainda hoje reinam indagações como “[...] a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam”?³⁵ Eis que surge um enfoque político para a solução desse problema.

É emblemático, nesse aspecto, o pensamento de Norberto Bobbio, quando define que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.³⁶

Tanto é político esse problema que o melhor meio para concretizar os direitos fundamentais sociais, sem fazer uso de medidas paliativas - como o é a própria atividade do Judiciário nos casos práticos - é por intermédio de políticas públicas contundentes.

Dentre os estágios que compõem a estruturação de políticas públicas estão a sua formulação, implementação e, principalmente, manutenção. Nesta seara, identificamos alguns problemas, que vão desde a composição dos gastos orçamentários até sua segura destinação.³⁷

Um segundo entrave à estabilização dessas políticas públicas é que a destinação e posterior alocação desses recursos públicos sejam adequadas, porque ainda lidamos com problemas como a corrupção e o desvio de verbas que impossibilitam o Estado de agir positivamente de forma a promover esses direitos fundamentais sociais básicos. A solução para este problema ainda é utópica.

Retornando, pois, às etapas factíveis e, por conseguinte passíveis de serem atingidas, nos deparamos com o problema do acesso à justiça, assim definido:

“A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.³⁸

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 07.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

³⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31-32.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 08.

Em nosso ordenamento, foi a própria Constituição que trouxe essa dimensão:

“Art. 5º, inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.³⁹

É conclusivo, todavia, o fato de que a nossa justiça carece de meios para romper os obstáculos que a separam, em todos seus aspectos, de um efetivo alcance da concretização dos direitos. E, apesar de ainda estarmos longe de uma situação de respeito integral aos nossos direitos,⁴⁰ o primeiro passo, que é mapear esses problemas, já foi dado.

Passaremos a analisar cada um desses empecilhos ao acesso à justiça, todos eles elencados por Mauro Cappelletti, no âmbito internacional, e por Rodolfo Mancuso, no nacional, expoentes do tema “acesso à justiça”. O primeiro, apesar de sua obra remontar a duas décadas passadas, continua extremamente atual e é, certamente, inspiração para todos aqueles que estudam o assunto.

Mauro Cappelletti estabeleceu em sua obra uma divisão das soluções para o acesso à justiça em três “ondas”, da qual a primeira foi a assistência judiciária; a segunda relativa à defesa dos interesses difusos e os meios adequados para sua tutela; e a terceira onda desse movimento inclui o que ele próprio denominou ‘ênfase de acesso à justiça’, que se apresenta na forma de soluções mais detalhadas e dotadas de aplicabilidade no caso concreto aos embates ao acesso à justiça.⁴¹

Inversamente, sistematizamos o presente trabalho de forma a tratar, em primeiro lugar dos problemas que obstam o acesso à justiça, para então, no decorrer dos próximos capítulos, apresentar possíveis soluções, mais especificamente quanto a consecução dos direitos fundamentais sociais, por intermédio da ação civil pública, instrumento esse que proporciona o acesso com características singulares.

1.4.1.1. Desconhecimento jurídico

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 5º, inciso XXXV. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 161.

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

Dentre esses obstáculos, parece-nos o mais preocupante a falta de conhecimento jurídico por parte dos cidadãos, que não chegam sequer a desistir de suas demandas, pois elas nunca existiram por absoluto desconhecimento.⁴²

Interessante notar que, apesar de em um primeiro nível estar “[...] a questão de conhecer a existência de um direito juridicamente exigível”,⁴³ esse obstáculo atinge principalmente aos pobres, mas também afeta, indiferentemente, boa parte da população com maior capacidade de renda, não se tratando, pois, de um critério econômico⁴⁴.

É exatamente nesse aspecto, de faltar conhecimento jurídico aos cidadãos de forma indiscriminada, diferentemente da segregação mais comum que é aquela referente ao poder econômico, que se torna mais desafiante a superação desse entrave.

Imaginemos, então, se o Estado tivesse que promover uma conscientização jurídica integral de todos os cidadãos – porque só assim eles chegariam perto de conhecer seus direitos menos convencionais, mas igualmente importantes – seria, obviamente, inviável.

Uma solução encontrada para amenizar e reparar essa circunstância e por esse motivo escolhida como tema central desse trabalho, é a ação civil pública, que será detalhada adiante.

Por ora, nos restringiremos a explicar de que forma esse instrumento jurídico facilita e até promove por si só o acesso à justiça de pessoas que desconhecem aqueles direitos pontualmente pleiteados.

Ocorre que:

“Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil ‘mobilizar’ as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais”.⁴⁵

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 22.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 22.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24-25.

Isso porque elas não se importam em ser contaminadas diariamente com as impurezas do ar que respiram? Provavelmente não, mas por duplo desconhecimento: médico e jurídico.

Falta conhecimento médico porque talvez aquelas pessoas submetidas ao ar poluído não saibam das implicações que, a curto ou longo prazo estarão sujeitas em decorrência desse fato. Se soubessem, talvez se manifestassem, ainda que pelas vias erradas.

Por outro lado, se sabem do perigo em respirar daquele ar, como dito, ou procuram as vias erradas e pouco eficientes, como a autoridade política local, ou se abstêm do problema.

A ação civil pública, por intermédio de um indivíduo dotado de conhecimento jurídico e que tenha tomado conhecimento da situação daquele grupo determinado ou indeterminado de pessoas que sofrem com a poluição atmosférica, em se tratando de direito indisponível o direito à vida e à saúde, pleiteia, independentemente da vontade dos atingidos, a reversão daquela situação pelas vias judiciais.

Essa é uma das formas, talvez a mais eficiente delas em promover o acesso à justiça daqueles que desconhecem as normas do nosso ordenamento, mas que não por isso prescindem delas.

1.4.1.2. Os custos de uma demanda

Aos que conhecem seus direitos, apesar de superado o primeiro obstáculo, a ignorância, surgem outros diversos problemas, como trataremos adiante.

Em se tratando de Brasil, vejamos o que apontou um recente estudo de caso da Universidade de Brasília:

“[...] em um universo de 100.000 habitantes, os índices de casos nos tribunais de justiça de primeira instância seguem o mesmo padrão da composição geral sócio-econômica de cada estado: o Rio Grande do Sul lidera em quantidade, por alta margem, sobre o Rio de Janeiro, que é seguido de Goiás, e logo depois por Pernambuco e Bahia.

[...]

De um modo geral, parece existir forte correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade”.⁴⁶

Em termos genéricos, se levarmos em consideração que em nosso país uma parcela razoável da população possui renda limitada aos gastos essenciais, como alimentação, moradia e remédios, a parcela mais importante da despesa em um processo diz respeito aos honorários advocatícios.⁴⁷

A propósito desse problema, se passou a admitir que, em alguns casos, as partes pudessem dispensar a assistência de um advogado, a exemplo dos juizados especiais e da justiça do trabalho.

Todavia, essa faculdade em arcar com os honorários advocatícios tem de ser vista também pelo perfil dos litigantes prejudicados neste aspecto, que em geral, também possuem um déficit educacional. Esta característica em especial torna-os mais suscetíveis a uma derrota processual que os demais, em razão da sua dificuldade até mesmo em se expressar e apresentar sua demanda.⁴⁸

A outra parte, quando tiver pleno conhecimento dos procedimentos jurídicos, poderá se utilizar desse diferencial para sair vitoriosa, mesmo sem ter necessariamente razão.

Outra estratégia para minimizar esse obstáculo ao acesso à justiça foi a criação e implementação das Defensorias Públicas estaduais e da União. Essas instituições se destinam a assistir judicialmente aqueles que se declaram hipossuficientes. Mais uma vez, uma solução que não é plena e apresenta diversas conseqüências, sendo a principal delas, o número crescente de demandas que impossibilitam a análise e zelo devidos por esses profissionais – defensores públicos – a cada caso concreto. E como é sabido, “[...] A

⁴⁶ HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 384.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 29.

finalidade não é fazer uma justiça ‘mais pobre’, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres”.⁴⁹

Uma outra despesa que também onera o procedimento judicial é o pagamento das custas processuais, as quais foram declinadas às pessoas declaradamente pobres, com o advento da Lei 1.060/50,⁵⁰ e posteriores alterações:

Minimiza-se, com essas medidas, a dificuldade de acesso à justiça em decorrência dos custos advindos dessa atividade, de modo a evitar que eles se tornem tão onerosos que deixem de ser rentáveis.⁵¹

Percebemos também avanços na tutela dos mais carentes por direitos não-tradicionais:

“[...] Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus”.⁵²

A ação civil pública é, hoje, no nosso ordenamento jurídico, o melhor instrumento para pleitear esses direitos não-tradicionais.

De forma mais genérica, abrangendo todos aqueles direitos que carecem de efetividade, Mauro Cappelletti apresentou ainda outras propostas de soluções para o problema do acesso, pautado na experiência de diversos países, como é o caso do *judicare*.

A proposta deste sistema é que os litigantes de baixa renda sejam assistidos tal qual um indivíduo que tem condições de arcar com os honorários advocatícios. Ou seja, trata-se de advogados particulares, pagos pelo Estado àqueles que não poderiam arcar com esse encargo por conta própria.⁵³

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 165.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l060.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 47.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 35-39.

Mauro Cappelletti reconhece as deficiências desse sistema, sendo a principal delas a necessidade de que a parte, por si só, reconheça a causa, o que pressupõe que ela conheça seus direitos – remetemos ao problema do desconhecimento das leis.⁵⁴

Só então, após ter ciência de seus direitos é que o indivíduo deveria, autonomamente, buscar um advogado que, ao final, seria pago pelo Estado para intentar sua ação. Essa medida, no entanto, não fornece estrutura nem incentivo aos profissionais para que eles ajudem os pobres na difícil tarefa de reconhecimento dos seus direitos.⁵⁵

O autor sugere ainda o sistema de ‘escritórios de vizinhança’, o que se assemelha às nossas defensorias públicas, por se tratar de serviços jurídicos prestados por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe, porém em ambiente mais acessível.⁵⁶

As vantagens desse modelo semelhante às nossas defensorias são que ele, diferentemente do *judicare*, além de romper os obstáculos relativos aos custos e à imponência do ambiente do escritório de advocacia, ataca outras barreiras como a da desinformação a respeito dos próprios direitos que, como grifamos, é o mais difícil de se solucionar dentre os problemas de acesso a justiça.⁵⁷

Na realidade brasileira, especificamente, destacamos como a melhor solução especificamente ao problema da deficiência de acesso à justiça pelas pessoas carentes, a instituição das defensorias públicas, que ainda não estão em pleno funcionamento e nem com a eficiência devida e esperada, mas que vêm se aperfeiçoando.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 38.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 38.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

1.4.1.3. Razoável duração do processo e celeridade

Avançamos então a outro problema, qual seja, aquele relativo ao tempo despendido nas demandas, cientes de que o problema do acesso à justiça sob esse aspecto não é uma questão de entrada, mas de saída.⁵⁸

Isso ocorre porque todo ato judicial demanda um certo tempo para ser realizado. Em regra, esses prazos são legalmente previstos, podendo ser dirigidos à manifestação das partes, realização de diligências ou análise pelo julgador. Especialmente neste último caso, que a duração pode se estender por tempo indeterminado – prazos dilatórios – é que o andamento processual retarda e finda prejudicado.

Depois de trafegar entre as diversas instâncias, abarrotadas de processos, em muitos casos, as demandas acabam por retornar ao juiz de primeiro grau, devido a alguma irregularidade meramente formal ou tecnicamente de direito, a fim de que sejam refeitos todos os atos processuais a partir daquele viciado. Esse tipo de discussão, que envolve questões exclusivamente procedimentais, é a que mais obsta a celeridade, porque impede que o caso concreto, delimitado por seus fatos, seja efetivamente julgado.

Quando então a matéria fática é analisada, muitas vezes já perdeu seu objeto ou simplesmente pereceu o direito ou o interesse das partes; e todo esse procedimento foi em vão.

Na tentativa de remediar esse problema, a Constituição Federal, estabeleceu, a partir da redação da Emenda Constitucional nº 45, os princípios da razoável duração do processo e da celeridade⁵⁹.

A esse respeito, Mauro Cappelletti foi pontual em afirmar que uma “[...] Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível”.⁶⁰ Inacessível porque, além do desgaste físico e psicológico em sustentar uma demanda por vários anos, os custos também devem ser contabilizados e muitas vezes não compensam à parte mais vulnerável, como já abordamos. Acerca desse tema:

⁵⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 5º, inciso LXXVIII. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

“Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”.⁶¹

Aduzimos desse excerto o fato de que essa lentidão no desenrolar dos processos faz com que os litigantes se conformem com uma recompensa inferior à inicialmente pleiteada, para se verem livres desse encargo. Ou seja, o que em tese deveria servir de solução aos nossos problemas, acaba por gerar muitos outros e se torna desvantajoso.

Na tentativa de dar celeridade e diminuir a quantidade de processos remetidos aos tribunais superiores, além de evitar que esses órgãos desperdicem tempo apreciando questões desnecessárias, foram traçadas estratégias como a criação dos juizados especiais e a necessidade de comprovação da repercussão geral no recurso extraordinário, instrumentos esses que obtiveram resultados práticos.⁶²

Entretanto, a melhor saída à lentidão do processo judicial formal ainda é a busca por formas alternativas de solução de litígios - de que são exemplo a conciliação e a arbitragem - que trazem vantagens para ambas as partes e também para o Judiciário, que diante de menos processos para analisar, o faz de forma mais consciente.

Até mesmo pelo modo no qual foi estruturado o procedimento dos ritos sumário e sumaríssimo, percebe-se que essas medidas alternativas vêm sendo incentivadas, pois existem momentos predefinidos para que as partes tentem resolver amigavelmente o litígio antes de qualquer análise pelo juiz, o que resulta, certamente, em celeridade e menos aborrecimentos.

Esse desejo em querer evitar as vias judiciais é recorrente entre todos os sujeitos processuais. Não é por menos que vemos protagonizar manifestações como a de “[...]”

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 6.

Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos”.⁶³

O repúdio a essa pachorra cresce ainda mais quando deixamos de pressupor que todos os sujeitos do processo estão agindo de boa-fé, prezando pela razoável duração do processo e pela celeridade.

É o que ocorre na prática forense, quando as partes utilizam-se das lacunas da lei para provocar manobras desleais, ao que o Código de Processo Civil, em seu art. 17, convencionou chamar de “litigância de má-fé”.⁶⁴

Em síntese, os litigantes de má-fé, no contexto que nos interessa, são aqueles que produzem medidas estritamente protelatórias, o que acaba por prejudicar a todos: as partes se distanciam mais do fim daquele processo e, vinculadas a ele, ficam com uma infundável pendência no Judiciário; que por sua vez, tem que analisar caso a caso para poder apontar que se trata de uma estratégia irregular da defesa, para então puni-la.

Apesar de tantas tentativas de se promover, no nosso ordenamento, a celeridade no andamento dos processos, ainda assim eles perduram, em muitos casos por longos anos. Partes falecem sem ver a solução dos seus litígios, ou até mesmo o objeto pode restar prejudicado.

1.4.1.4. Litigância habitual

Convencionou-se chamar de litigância habitual a situação em que uma mesma pessoa física ou jurídica é recorrentemente sujeito processual, seja no pólo ativo ou no pólo passivo.

Em esfera nacional evidenciamos claramente esse fenômeno, o que se extrai, por exemplo, de relatório expedido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, acerca dos

⁶³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº: 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 17, *caput*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acessado em: 26/09/2012.

processos a ele submetidos, em que são indicadas as partes com participação mais expressiva nessa esfera recursal. Vejamos:

“[...] Nominalmente, as principais partes nos recursos junto ao STF são: (1) Caixa Econômica Federal – 18,87% dos processos; (2) a União – 16,48% dos processos; (3) INSS – 14,87% dos processos.

[...]

Os 3 primeiros colocados no ranking dos clientes habituais ‘figuram em mais de 50% dos processos do supremo Recursal’”.⁶⁵

Essa habitualidade confere alguns benefícios a esses litigantes. Algumas dessas vantagens são listadas a seguir:

“As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”.⁶⁶

A maior experiência com o Direito permite saber quais estratégias adotar, ou seja, aquelas que têm mais chance de obter êxito ao final.

Além disso, a habitualidade faz reconhecer as tendências de cada julgador, permitindo assim que se adote uma postura que favoreça a decisão final, até porque, acaba-se por criar um vínculo, mesmo que informal, com os julgadores, que, ainda que indiretamente, ficam influenciados no momento da tomada de decisões.

A questão da economia de escala se evidencia principalmente na redução de gastos com honorários advocatícios, uma vez que os litigantes habituais estabelecem com seus advogados contratos vantajosos para ambos. Neste aspecto, o litigante eventual, tal qual o autor de uma pequena causa, acaba desamparado e mais propenso a sair derrotado.⁶⁷

⁶⁵ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHE, Diogo Werneck; com apoio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, abril/2011, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 127.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 27.

O custo-benefício positivo da demanda devido aos numerosos casos se traduz na adoção de medidas arriscadas que se prosperarem trarão resultados vultosos e se fracassarem, não terão uma repercussão tão grande, porque a vitória é certa nas outras demandas em que é parte, compensando assim esse desgaste.⁶⁸

Um outro apontamento relativamente aos litigantes habituais se refere ao fato de eles se utilizarem do sistema judicial para obterem seus interesses particulares.⁶⁹ A título de exemplo elencamos aquelas situações em que ingressar com uma ação pode significar a postergação de uma dívida, que naquele momento a parte não tem condições de quitar, mas que dali a alguns anos – com a demora do Judiciário – já possa ser adimplida. O Judiciário funciona de forma semelhante a um empréstimo, com algumas vantagens, porque é possível que se consiga ainda abater algum valor da dívida, ou manejar seu preço.

Ademais, a possibilidade de reunião de demandas,⁷⁰ como ocorre na ação civil pública, se assemelha à litigância habitual e exatamente por esse motivo, muitas vezes se mostra interessante e pertinente a sua interposição.

Como veremos adiante, a coletivização de demandas, por meio desse instrumento as tornam mais vigorosas e ampliam suas chances de, ao final, saírem vitoriosas.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 28.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 27.

2. A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

2.1. A separação dos Poderes e o “sistema de freios e contrapesos” no cenário brasileiro atual

Tradicionalmente, segundo a teoria da tripartição dos Poderes de Montesquieu, o Estado se organiza em Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com suas funções típicas. Essa divisão visa manter a instituição estatal e promover o seu melhor desempenho no cumprimento de suas obrigações perante os indivíduos.

Com suas atribuições devidamente delimitadas, esses poderes devem ser harmônicos e independentes entre si⁷¹, de forma a garantir sua autonomia.

A forma encontrada pela doutrina para preservar e explicar essa autonomia entre os poderes foi a teoria do “checks and balances”, cuja tradução para o português se operou na forma de “sistema de freios e contrapesos”.

Como sugere o próprio nome, esse instituto visa promover o equilíbrio nas atividades desempenhadas pelos Poderes, evitando que um interfira na esfera de atuação do outro. Não resta excluída, entretanto, a possibilidade de que haja interferência entre eles, na forma de regulação mútua, o que em alguns casos se faz necessário para garantir a integridade do sistema.

Contrapondo-se a esse sistema de freios e contrapesos e o que ele defende, as democracias ocidentais vêm se deparando com fenômenos como o ativismo do Judiciário, a predominância do Executivo sobre o Legislativo e, em cenário nacional, a crescente atuação participativa dos brasileiros nas questões políticas, o que culmina em um fortalecimento democrático.⁷²

Existe, portanto, uma flexibilização do modelo de separação dos poderes proposto por tradicional, restando este de forma simbólica, em detrimento das novas

⁷¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 2º, *caput*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁷² VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 14.

movimentações que surgem das necessidades do atual contexto social e político, inclusive o próprio ativismo judicial, que ascende na tentativa de suprir as omissões estatais.⁷³

No que tange à sobreposição do Executivo sobre o Legislativo, observa-se, nitidamente, uma interligação anômala entre esses poderes, o que prejudica a execução e consecução de seus objetivos específicos.

Originariamente, o Executivo deveria pôr em prática aquilo que o Legislativo formalizou por meio de normas. Porém, o primeiro não apenas assume o papel de executar as normas que veiculam direito sociais, como cria as próprias políticas públicas adequadas para dar-lhes efetividade.⁷⁴

Em muitos momentos, “[...] essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços”,⁷⁵ mas pode ser excessiva dentro daquele que é o âmbito de atuação tradicional e esperado do Executivo.

Octavio Amorim e Fabiano Santos, em estudos empíricos agrupados na coletânea de artigos organizada por Luiz Werneck Vianna sob o título *A Democracia e os Três Poderes*, bem como os estudos do próprio organizador,⁷⁶ demonstram que a atuação do Legislativo vem sendo preterida frente ao Executivo. Leia-se: o Executivo vem sendo mais ativo na produção legislativa que o próprio Legislativo, o que se explica até pelas facilidades formais de ele estabelecer normas unilateralmente.

Entretanto, ressalva-se quanto ao Legislativo que ele:

“[...] parece estar consciente dessa contingência, uma vez que é dele, desde a Constituinte, que tem partido as iniciativas a fim de reforçar as funções de checks and balances do Poder Judiciário e de instituir, no terreno dos procedimentos do

⁷³ SANTOS, Ana de Fátima Q. de S., 1999, p. 177, apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

⁷⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 99.

⁷⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 99.

⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 14.

direito, como no caso sintomático das class actions, uma modalidade de esfera pública que medre em torno da representação funcional”.⁷⁷

Ou seja, o próprio Legislativo despertou para a necessidade de que seja preservada sua autonomia, o que induz uma atuação popular presente a fim de que haja representatividade na tomada das decisões.

Surge dessa forma também um outro fenômeno mencionado, qual seja, o da participação mais ativa da população, que se mostra cada vez mais aderente ao regime democrático.⁷⁸

Ainda na perspectiva de Luiz Werneck Vianna, “[...] quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”.⁷⁹

Na mesma linha dispõe Lenio Luiz Streck, que afirma que a pressão realizada por movimentos sociais têm demonstrado força para promover um conjunto de avanços sociais, firmados juridicamente, por meio da jurisprudência dos tribunais pátrios e ratificados em legislações oriundas do Poder Legislativo.⁸⁰

Esse ativismo popular é imprescindível para o processo de promoção e efetividade dos direitos fundamentais sociais, pois eles – os indivíduos - são os próprios interessados no bom funcionamento do sistema.

2.2. A atuação precária do Poder Executivo na concretização dos direitos sociais

Ao Poder Executivo, como dissemos, cabe a função típica de atuar por meio de políticas públicas e assegurar, aos indivíduos, os direitos e garantias já formalizados no

⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 15.

⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 14.

⁷⁹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 39.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 138-139.

nosso ordenamento jurídico, respeitadas também as possibilidades da Administração Pública, que deve agir resguardada pelo princípio da eficiência.

Em especial no que se refere aos direitos fundamentais sociais e econômicos, que demandam uma atuação positiva por parte do Estado, sua realização depende diretamente da implementação das políticas públicas, tarefa esta do governo, em resposta às necessidades sociais.⁸¹

Ocorre que, ciente das suas obrigações, o Poder Público se vê impossibilitado de suprir dignamente as demandas da sociedade, privilegiando umas frente às outras.

Algumas atividades simplesmente não podem parar e por esse motivo têm preferência. Entretanto, outras muitas, apesar de sua importância fundamental acabam sendo sacrificadas. É o que acontece com a maioria dos direitos fundamentais sociais.

O principal aspecto que dificulta a reversibilidade dessa situação diz respeito ao custo agregado à concretização dos direitos sociais, pois eles além de se dirigirem a todos, exigem uma estrutura que vai desde pessoal, até espaço físico, passando pelo incentivo à pesquisa e ao entendimento do comportamento da sociedade.

Surge, então, um outro problema, qual seja, o conflito de interesses entre os governantes, o que leva “[...] a disputas intra-Administração em torno da apropriação de verbas extraordinárias”.⁸²

Além dessa disputa interna por poder, constituem grandes óbices à exequibilidade dos direitos fundamentais sociais a má gestão dos recursos públicos, a corrupção dos administradores e, principalmente, a falta de comprometimento das entidades no poder.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 595.

⁸² HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 414.

Impulsionado também pelas pressões sociais, ainda que em menor escala, o maior e mais respeitável fator de pressão sobre o governo é o Judiciário, que determina de forma coercitiva que o Estado atue, quando já deveria ter atuado por si só, porque aquilo é seu dever.

Os efeitos dessa atuação do Judiciário vêm sendo positivos, pontualmente eficientes e capazes de assegurar, ao caso concreto, a tutela do bem jurídico em questão. É o que se verifica na jurisprudência que segue, extraída do sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“[...] A matéria não é nova nesta Corte de Justiça, cujos casos análogos já foram submetidos a apreciação da Colenda Turma, e que, consonante o entendimento majoritário, a matéria se refere a preceito estabelecido na Constituição Federal, nos termos do artigo 196.

[...]

Assim, não se pode olvidar que, ante as normas acima, não se aplica à espécie o princípio da reserva legal, por integrar a saúde preceito fundamental ao direito da pessoa, em que se discute a própria sobrevivência do indivíduo.

[...]

Dessa forma, é de se constatar a função inequívoca do Poder Judiciário de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais relacionados à saúde pública, um bem fundamental para preservar a dignidade humana e o direito à vida, inclusive para atender as demandas postuladas mediante relatório fundamentado por médico credenciado, atestando a necessidade do medicamento à paciente, no controle da patologia e preservação da sua sobrevivência⁸³.”

Contudo, esse processo não deve continuar se expandindo ilimitadamente e os juízes atuando como verdadeiros administradores, manipulando questões de trato político, enquanto ele deve atuar dirimindo os conflitos imparcialmente e não sendo parte integrante da discussão, até mesmo por faltar-lhes legitimidade para isso.

2.2.1. A (in)aplicabilidade do princípio da reserva do possível

Este tema é comumente estudado no curso de Direito Administrativo ou dentro da disciplina de Responsabilidade Civil, quando se fala em responsabilidade do Estado por omissão genérica.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Remessa de Ofício 20100110452477RMO, Acórdão nº: 636.997, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJ-e: 28/11/2012.

Em regra, admite-se que a responsabilidade do Estado é objetiva, bastando que sejam comprovados a conduta, o dano e o nexo causal para que haja sua responsabilização, prescindindo assim do elemento culpa.

Quando, entretanto, o Estado se omite de forma genérica, ou seja, sem que haja um vínculo que caracterize a omissão específica, entendem os Direitos Administrativo e Civil que a culpa deve ser demonstrada, como elemento essencial.

Nesse contexto surge o princípio da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência alemã, visando impossibilitar “[...] exigências acima de um certo limite básico social”.⁸⁴

Seria o equivalente a dizer que o Estado deixa de agir em situações em que era seu dever agir, simplesmente por demonstrar sua insuficiência econômica em suprir, naquele momento, aquela necessidade. E desde que o faça de forma contundente – comprovação efetiva da indisponibilidade de recursos e o não desperdício dos recursos existentes – entende Ingo Wolfgang Sarlet que, o uso parcimonioso desse princípio deve ser respeitado.⁸⁵

Todavia, ao menos no contexto nacional, na maioria das vezes, trata-se de uma manobra utilizada pelo Estado para justificar sua omissão injustificável, seja por uma questão financeira – o que quase sempre não corresponde à verdade - ou meramente organizacional – má gestão dos recursos.

É o que verifica Lenio Luiz Streck, utilizando o direito à saúde para exemplificar:

“[...] por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que essa solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana”.⁸⁶

⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 357.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, 2005, p. 351 e segs, apud STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 159.

No mesmo sentido, porém sob a ótica do direito à educação, Ingo Wolfgang Sarlet também entende ser inaplicável o princípio da reserva do possível porque, neste caso em especial, não existe dúvida quanto a quem deve decidir sobre a destinação dos recursos públicos, em razão do detalhamento constitucional sobre o tema.⁸⁷

E, quando essa justificativa é utilizada, o Estado assume que deveria ter cumprido seu dever, não o fez e vai continuar se omitindo. Isso porque ele admite que aquela situação em que lhe é exigida uma contraprestação extrapola seu limite de possibilidades – reserva do possível. É uma forma mais sutil de dizer aos indivíduos que o Estado falhou, sem alarmar a população, que poderia se voltar contra ele.

Há quem entenda de forma diferente:

“O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma ‘reserva do possível’ e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais”.⁸⁸

Também alguns autores brasileiros, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal, “[...] acataram a argumentação da ‘reserva do possível’ negando de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”.⁸⁹

No entanto, esse argumento deve ser visto com cautela, porque apesar do entendimento favorável a ele proferido pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro, também esta instituição tem caráter político e assim como o Executivo, adotar essa justificativa pode representar uma certa comodidade.

O fato de o Estado – Executivo - se respaldar nesse princípio significa que ele continuará adiando suas obrigações e estaremos nos afastando do grande objetivo de concretização dos direitos fundamentais sociais.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 337.

⁸⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

⁸⁹ BRANCO, Paulo G. Gonet, 2000, p. 146ss, apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Diferentemente, o Judiciário, ainda que extrapole suas atribuições convencionais, deve agir de modo a forçar o cumprimento, pelo Estado, daquilo que é seu dever: promover os direitos básicos dos indivíduos, o que exige uma melhor gestão do orçamento público, além, é claro, de se garantir que sua destinação não seja, ao final, desviada.

É evidente que, idealmente, o Judiciário não deveria interferir nessas hipóteses, mas se não for ele para exigir, compulsoriamente, a contraprestação devida pelo Executivo, este continuará se omitindo e os indivíduos sendo prejudicados.

Não há que se negar que dessa forma resta configurado o fenômeno da judicialização da política que, a longo prazo, deve ser desestimulada, mas que, por ora, é uma alternativa, talvez a única verdadeiramente eficiente.

2.3. Os limites de atuação do Judiciário

O Judiciário, por sua vez, é o Poder incumbido de aplicar as leis ao caso concreto, garantindo assim a solução dos litígios e, conseqüentemente, a pacificação social.

Cumpre destacar que os operadores do Direito devem se balizar pelos princípios e regras constitucionais, cabendo inclusive ao órgão máximo do Poder Judiciário o papel de guardião da nossa Lei Maior.

Em nosso ordenamento, fez-se a opção por um controle, via de regra, judicial, por intermédio do controle de constitucionalidade, instituto este que, embasado no princípio da supremacia da Constituição e na sua rigidez, institui que normas que contrariem a norma constitucional são inconstitucionais e, portanto, são desprovidas de validade.

E é por meio exatamente desse instrumento – controle de constitucionalidade – que, por ser realizado essencialmente pelo Judiciário, pode ele enfrentar as manifestações do Legislativo e intervir nas atividades do Executivo quando elas forem, de certa forma, inconstitucionais. Isso não quer dizer que o Judiciário deva se sobrepor aos demais poderes – em que pese a independência entre eles –, mas sim que ele tem legitimidade para intervir sempre que for verificada alguma dissonância com os preceitos constitucionais.

Além disso, o controle judicial, por também apresentar traços do fenômeno do ativismo judicial, é um dos exemplos de instrumento que favorece a deliberação pública no que tange aos direitos sociais,⁹⁰ porém, essa medida requer cautela.

É preciso compreender que, “[...] em princípio - e até em decorrência da separação entre os Poderes do Estado – ao Judiciário caberia recepcionar, por definição, as crises propriamente jurídicas”.⁹¹ Ou seja, aquilo que extrapolar a esfera de atuação do Judiciário, deve ser por ele apreciado de forma excepcional.

Desse modo discorreu Andreas J. Krell:

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”.⁹²

Ocorre que “[...] a atual Constituição ampliou ainda mais o processo de constitucionalização de temas que já foram vistos como reservados ao campo da política”,⁹³ o que assevera a propensão ao ativismo judicial, que por sua vez, traz à tona os conceitos de política e direito, bem como assevera o discurso acerca da democracia e do constitucionalismo e a interdependência entre eles.⁹⁴

Os próprios juízes deixaram de ser neutros e adotam hoje uma postura de reavaliadores, legitimadores ou instância recursal das decisões políticas,⁹⁵ sendo que, muitas vezes, suas decisões surtem os efeitos de última palavra, justificada por uma suposta superioridade em relação aos outros Poderes.

⁹⁰GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 219.

⁹¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

⁹²KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 22.

⁹³SILVA, da Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 588.

⁹⁴STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 129.

⁹⁵KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 93.

Apesar desse contexto, devemos entender que o tratamento constitucional dado pelo legislador a esses temas se deu com o intuito de promover maior eficácia aos direitos, que assim ficam mais próximos de uma situação de efetividade; e não para conceder maior aptidão política ao Judiciário. Se fosse assim, não haveria porquê a própria Constituição ter colocado dentre as cláusulas pétreas a separação dos poderes.

Nesse sentido ponderou Hugo Nigro Mazzilli:

“[...] não cabe ao Poder Judiciário impor diretrizes, critérios ou prioridades de ação ao administrador: este é que escolhe as atividades que vai fiscalizar ou as obras que vai fazer, as que vai empreender de imediato e as que vai postergar para momento que considere mais oportuno.”⁹⁶

Caso assim aja o Poder Judiciário, como um administrador, estará usurpando as atribuições do Executivo, o que é quase tão caótico quanto imaginar este poder se colocando na posição de julgador e decidindo causas habitualmente atribuídas ao Judiciário.

2.3.1. A inevitável judicialização da política na concretização dos direitos sociais

E qual será, de fato, o papel do Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, se é que isso se inclui entre suas incumbências?

Em primeiro lugar é preciso elucidar que o sistema dos direitos fundamentais é digno de tamanha respeitabilidade e repercussão porque ele se converteu no “[...] núcleo básico do ordenamento básico brasileiro”.⁹⁷

Em seguida, veio a preocupação em tornar esses direitos exeqüíveis, o que se tornou praticamente uma missão, da qual todos os Poderes estão à mercê, alguns mais e outros menos preparados e comprometidos.

⁹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.143.

⁹⁷ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 25.

A verdade é que a essa pergunta surgem respostas divergentes ao extremo, sendo que alguns defendem inclusive que o Poder Judiciário deve se restringir à atividade jurisdicional, qual seja, sua função típica.

De acordo com essa visão procedimentalista, extrapolar esse limite seria ferir diretamente a independência dos demais Poderes:

“De fato, não é isso que, fundamentalmente, o procedimentalismo mais critica? Afinal, os tribunais não devem ficar restritos a assegurar os procedimentos da democracia? Não é o próprio Habermas quem diz que ‘o Judiciário não deve assumir uma postura ativista, de modo a pretender usurpar as funções de legislador público’?”⁹⁸

A tendência, entretanto, é que ocorra uma “[...] ampliação do controle normativo do Poder Judiciário”,⁹⁹ ou seja, um verdadeiro ativismo judicial, o que se noticia pela expansão das atividades desse Poder.

Uma de suas facetas, a participação jurídico-política do Judiciário, se configura “[...] por meio da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da Constituição, possam vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais”.¹⁰⁰

Essa dependência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais, que são os que mais carecem de exequibilidade, decorre do fato de que este é o único Poder com ferramentas eficientes para solucionar esse problema. Em razão de seu caráter coercitivo, ele é capaz de estabelecer uma prestação positiva do Estado, da qual este não pode simplesmente se eximir.

Por isso, é comum que seja utilizada a via judicial para obter resultados na promoção de direitos como aqueles à saúde, ao ensino fundamental e à função social da propriedade.

Todavia, esse uso acentuado das vias judiciais vem causando reflexos preocupantes no campo de atuação do Executivo, que se vê forçado a realocar suas verbas em

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 150.

⁹⁹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17.

¹⁰⁰ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 32.

razão daquilo que determina o Judiciário, muitas vezes prejudicando projetos promissores. A esse respeito:

“O sistema político está começando a responder a esse aumento crescente dos processos no Judiciário. Já há algum tempo vem crescendo, nas agências executivas de todos os escalões federais, o descontentamento tanto com o impacto orçamentário cada vez maior dos litígios envolvendo os direitos à saúde, quanto com a efetiva gestão judicial de determinadas políticas sanitárias educacionais. Isto se cristalizou em algumas medidas incipientes destinadas a coibir os pleitos e seus efeitos”.¹⁰¹

Por outro lado, essa pressão judicial é capaz de produzir outros efeitos positivos, como por exemplo, a verificação, na prática, da necessidade de investir em um determinado setor ou de agir preventivamente em relação a outros.

Por esse motivo também é que, “[...] na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo [...] não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões”,¹⁰² até porque, “[...] o ativismo judicial na área dos direitos sociais pode ser especialmente relevante, dada a íntima relação existente entre os direitos sociais e a participação política”.¹⁰³

Ademais, impedir o Judiciário de dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas com o único objetivo de que ele não interfira no âmbito de atuação dos outros Poderes acaba sendo, de certa forma, cerceamento da efetivação dos direitos, o que é menos nobre.

Advertidos, pois, da inviabilidade da aplicação do princípio da reserva do possível e acolhido o inevitável fenômeno da judicialização da política, devemos perceber que, no caso concreto, a solução judicial é utilizada como remédio para questões essenciais e de cunho emergencial, como último recurso:

“Hoje vai ficando cada vez mais evidente que: a jurisdição estatal não significa, nem garante, que o conflito será resolvido em modo justo e eficaz; (b) a judicialização não deve ser a opção imediata, mas deve se apresentar como ultima ratio, em não havendo outros modos e meios de resolver o conflito, ou quando esses tenham sido esgotados; (c) em certos casos, mormente nas lides multiplexas, onde se infiltram elementos parajurídicos (sociopolítico-econômicos), a solução adjudicada estatal se

¹⁰¹ HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 412.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 141.

¹⁰³ GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 219.

revela claramente inadequada, quando não inoportuna, e não responde satisfatoriamente ao balanço entre custo e benefício”.¹⁰⁴

A longo prazo, porém, tanto o princípio da reserva do possível como a judicialização da justiça devem ser desestimulados.

2.3.2. Substancialismo X Procedimentalismo

Existem, hoje, duas correntes principais com propostas acerca dos limites de atuação do Judiciário a fim de promover os direitos fundamentais sociais, quais sejam, o substancialismo e o procedimentalismo, dos quais são defensores importantes, Dworkin e Habermas, respectivamente.

O substancialismo acredita no poder da Constituição como instrumento direto da promoção dos direitos, aproximando assim os cidadãos e, principalmente, os operadores do Direito dessa tarefa, tornando-a menos política e mais jurídica.

Por outro lado, o procedimentalismo admite que a Constituição seja utilizada de forma indireta, como norteadora, para se atingir os direitos nela previstos. Em relação ao sistema brasileiro, existe um grande problema quanto a sua adequação, pois o próprio Habermas entende que o procedimentalismo assume um caráter fundamental nas democracias que já superaram os problemas relativos à exclusão social e à viabilização dos direitos fundamentais, ou seja, naqueles lugares em que a etapa do Welfare State foi atingida, o que não ocorreu no Brasil.¹⁰⁵

Dentre as divergências desses dois posicionamentos, estão as elencadas por Luiz Werneck Vianna:

“Por um lado, o procedimentalismo do eixo Habermas-Garapon implica uma valorização apenas parcial desta judicialização na medida em que ela é um indicador das conquistas sociais consolidadas no Estado de Bem-Estar Social; [...] Por outro lado, o eixo Cappelletti-Dworkin confronta a invasão da política pelo direito de uma perspectiva um pouco mais otimista, apontando para o importante papel que juízes e demais atores do Judiciário exercem no sentido de estabelecerem um contra-ponto

¹⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 98-99.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 102.

conservador à inevitável tendência dos legisladores de atuarem em convergência com os desejos da maioria”.¹⁰⁶

No âmbito nacional, Lenio Luiz Streck é quem assume uma ‘postura substancialista’, sustentando que, “[...] na falta de políticas públicas cumpridoras das normas-programa da Lei Maior, ‘surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados’”.¹⁰⁷

Nos reverenciamos, pois, a essa interferência do Judiciário em questões originariamente políticas, por vir apresentando bons resultados práticos. Além disso, coadunamos com Lenio Luiz Streck quanto à irrelevância dessa atuação pontual do Judiciário de modo a pôr em risco a democracia, posto que a sua grandeza supera esse debate:

“Assim, ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face das decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como ‘jurisprudência de valores’, ‘ativismo judicial’, etc”.¹⁰⁸

Podemos acrescentar, ainda, que a cidadania brasileira não “[...] sofreu retrocesso com a concessão de liminares para a área da saúde ou para a abertura de vagas em escolas”,¹⁰⁹ por exemplo, mas sim viabilizou o acesso a esses direitos. Situações como essas, ao contrário, incentivam a organização da própria sociedade, que se mobiliza com o intuito de pressionar os líderes com poder de decisão.¹¹⁰

Inadmissível é que, porque essa judicialização da política tem apresentado efeitos positivos, se queira cada vez mais judicializá-la. Nesse aspecto é falho o substancialismo apresentado por Lenio Luiz Streck, pois fere diretamente a separação dos poderes, o que é matéria petrificada na Constituição Federal.¹¹¹

Devemos, ainda, nos atentar quanto aos excessos admitidos pelo substancialismo, em especial no que se refere ao ativismo judicial, porque na tentativa de

¹⁰⁶ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 44-45.

¹⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz, 2000, p. 45, 47s, apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 101.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 138-

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 145.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 138-139.

¹¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 60, § 4º, inciso III. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

desenvolver essa proposta, o Judiciário acaba por vezes interferindo de maneira significativa e até demasiada, extrapolando seus limites de atuação.

A esse aspecto – do ativismo judicial - são dirigidas muitas críticas e concordamos com elas na medida em que, a exemplo de Lenio Luiz Streck, se começa a entender que cabe ao Judiciário agir positivamente nessas questões, sempre que possível, como se isso fosse incumbência sua, originariamente.

O ideal seria que houvesse uma verdadeira atuação independente e harmônica entre os Poderes, situação na qual cada um agiria dentro de suas atribuições originárias, de forma plena e eficiente. Nesse sentido, novas idéias e propostas vêm aderindo a essa “[...] tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos”.¹¹²

Entretanto, cientes de que, por ora, inevitavelmente existe o fenômeno da judicialização da política na preservação dos direitos sociais, a atuação do Judiciário nessa esfera se faz imprescindível, devendo ele agir dentro de certos limites e ter sempre bem nítida a concepção de que esse ativismo é transitório.

Finalmente, “[...] resta constatar que o Judiciário brasileiro, sozinho, certamente não será o ‘salvador da pátria’, mas pode e deve mediante decisões firmes exercer seu importante papel no processo político da realização dos Direitos Fundamentais Sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos”.¹¹³

2.4. Medidas alternativas ao Judiciário

O Judiciário é, por excelência, o Poder responsável pela solução dos litígios. Afora esse sistema, encabeçado e supervisionado por ele próprio, outras formas alternativas de solução de litígios vêm sendo incentivadas, promovidas e também sistematizadas com dupla intenção: diminuir o fluxo de processos que assolam o Judiciário e resolver, de maneira mais célere e simples, os litígios ventilados.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

¹¹³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 109.

Quanto ao primeiro desses objetivos – redução numérica de processos - a criação e o incentivo ao uso dessas modalidades alternativas de solução de litígios é fundamental para descentralizar o julgamento dessas lides, que geralmente se aglomeram nas vias judiciais.¹¹⁴

Faz-se mister ressaltar que as medidas alternativas não admitem que uns ou outros sejam privilegiados, em especial porque nesses casos depende da vontade delas que a lide se resolva, ou caso não estejam satisfeitas, ainda poderão recorrer às vias convencionais.

Porém, é exatamente esse afastamento que se dá do Judiciário que se apresenta vantajoso ao Estado. Isso ocorre porque à medida que os litígios são direcionados a essas vias alternativas, menor a chance de que eles cheguem até o Judiciário, reduzindo assim o número de demandas por ele apreciadas.

Apesar dessa necessidade de diminuição do volume de processos levados ao Judiciário, deve haver uma seleção adequada entre o que deve ou não ser analisado pelas instâncias judiciais, sob pena de restarem prejudicadas questões importantes que deveriam, necessariamente, ser levadas à apreciação por um especialista da área do Direito.¹¹⁵¹¹⁶

No que tange ao segundo escopo à adoção dessas medidas, que se refere às vantagens para as próprias partes, não há de se negar que elas, quando chegam a um acordo sem a intervenção judicial saem mais satisfeitas, seja pela economia financeira, pela brevidade da situação litigiosa ou simplesmente porque conseguiram obter um meio-termo entre sucumbência e o êxito totais.

Além disso, apostar em uma demanda que é levada ao Judiciário pode culminar em duas situações: ou aquilo que se pleiteia é obtido - integral ou parcialmente; assim como, da mesma forma, a outra parte pode ser contemplada nos seus pedidos. Como consequência, cada um terá, obrigatoriamente, que cumprir com os seus deveres, sob pena de serem novamente acionados pela justiça, de forma constrangedora, por inadimplir aquilo que lhe fora imputado compulsoriamente.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 92.

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 5.

É por isso que os próprios tribunais vêm incorporando à sua estrutura as formas alternativas de solução de litígios.¹¹⁷ Essas medidas – conciliação, mediação, juízo arbitral, etc - são úteis inclusive por afastarem muitas das barreiras atinentes ao próprio acesso à justiça, de que são exemplo, os gastos com honorários advocatícios e a demora na finalização do processo.

Não existe, portanto, “[...] *concorrência* entre a instância judiciária estatal e os chamados *meios alternativos*; ao contrário, o que hoje se espera é uma *convivência harmoniosa e profícua* entre esses últimos e aquela primeira”.¹¹⁸

Dentre esses meios alternativos, o mais adotado pelo próprio Judiciário, preliminarmente à análise do caso concreto pelos próprios juízes, é a conciliação.

É exemplar o seu uso no Direito do Trabalho, por exemplo, em que, ao início de cada audiência, e por mais de uma vez, as partes são questionadas sobre a possibilidade de realizarem um acordo, que será regularmente homologado, terá a validade de um título judicial executivo e ainda cessará desde logo aquela demanda, que poderia perdurar por meses caso tramitasse regularmente.

O mesmo ocorre nos juzizados especiais cíveis e criminais, igualmente eficientes, logrando êxito em muitos casos. Em menor escala, também o Direito Processual Civil se utiliza desse instrumento.

No que se refere à arbitragem, modalidade que vem crescendo mundialmente e sendo usada preferencialmente para solucionar casos complexos, que envolvam temas específicos e litigantes de nacionalidades diferentes, vejamos seu conceito:

“O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar os honorários do árbitro”.¹¹⁹

¹¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 81.

¹¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 82.

Assim como no futebol, o árbitro deve ser imparcial e fazer o julgamento dos atos dos jogadores - partes-, visando manter a ordem e o equilíbrio do jogo - demanda. Neste caso, porém, a escolha do árbitro é voluntária pelas partes e caso não se chegue a um consenso em torno de um único profissional, cada parte escolherá aquele de sua confiança e ambos escolherão um terceiro, ou as partes delegarão poderes a uma entidade para que ela designe o terceiro árbitro.

A arbitragem é também uma opção de ferramenta para a desobstrução do Judiciário, promovendo, conseqüentemente, o acesso à justiça.

Além dessas duas formas mencionadas, existem outras tantas, como é o caso da mediação, que têm a sua serventia em situações peculiares, mas que ainda não foram adequadamente aplicadas à realidade brasileira, mas que vêm se aperfeiçoando com essa finalidade.

Em que pese todas as vantagens mencionadas no uso dessas medidas, que se apresentam em variedade de opções, a serventia mais global no uso de métodos alternativos se refere a sua possibilidade em reduzir “[...] a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.¹²⁰

¹²⁰ (CNJ) Res. N. 125, de 29.11.2010, apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 10.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1. Direitos Metaindividuais

Os direitos metaindividuais, também denominados transindividuais ou direitos coletivos *lato sensu* situam-se entre o interesse público e o interesse privado.¹²¹

Não chegam a ser de interesse público, pois atendem às necessidades de pessoas individual ou coletivamente determinadas; porém, estão acima do interesse privado exatamente porque as decisões das demandas que abrangem esses direitos têm efeitos contra todos – *erga omnes* -, direta ou indiretamente

Essa classificação, com previsão no Código de Defesa do Consumidor, é gênero das quais são espécies os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Precursor do tema na legislação brasileira, o mencionado código conceituou cada uma dessas categorias de direito, definições essas que se estendem a todas as esferas do Direito:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.¹²²

Veremos adiante cada um desses direitos em espécie.

¹²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

¹²² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

3.1.1. Direitos Difusos

A primeira e mais abrangente dessas categorias de direitos, os difusos, é também a mais inovadora no nosso ordenamento jurídico.

Mais do que isso, o reconhecimento dos direitos difusos representa uma quebra de paradigma entre a concepção tradicional - em que o processo era visto apenas em seu aspecto bilateral, restrito às partes formalmente constituídas¹²³ - e o entendimento atual - que admite tratar de uma só vez problemas que afetam ao mesmo tempo várias pessoas, que criam, portanto, um potencial vínculo processual entre si.

Em outros termos, os direitos difusos são aqueles atinentes a um grupo de pessoas indetermináveis ou indeterminadas que se reúnem por possuírem uma origem fática comum e cujo objeto demandado é indivisível.¹²⁴

Os diversos interesses difusos que possam surgir – porque não existe um rol taxativo - compartilham de características inerentes a essa classificação inovadora e promissora, principalmente no que se refere ao procedimento que perfaz sua proteção.

Nesse sentido, o procedimento vem sofrendo alterações que vão desde a desnecessidade de citação das partes, o que é compreensível, já que muitas vezes isso é inviável por serem elas desconhecidas; até a postura do juiz, que deve decidir com cautela, porque as decisões decorrentes de ações civis públicas geralmente possuem, de imediato, efeitos contra todos.¹²⁵ Essas mudanças decorrem do acolhimento, pelo nosso ordenamento jurídico, do conceito de direitos difusos, que abrange pessoas indeterminadas ou indetermináveis e acarreta decisões *erga omnes*.

Para suprir a falta material dessas partes no processo, uma ou mais entidades, designadas legalmente, intervêm no processo como verdadeiros substitutos processuais e assim, acionam o Judiciário para ver discutida, em juízo, a questão.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81, parágrafo único, inciso I: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 50.

A viabilização da manipulação dessa espécie de direitos é, pois, imprescindível para que grandes grupos tenham acesso à justiça, bem como para que os agressores não fiquem impunes. E como nenhum outro instrumento é capaz de oferecer esses dois benefícios ao mesmo tempo - quando se trata de direitos metaindividuais - é que a ação civil pública vem ganhando força, principalmente, em razão da extensão do pólo ativo e do impacto social dessa situação jurídica.

3.1.2. Direitos Coletivos

Conforme se extrai da própria definição do Código de Defesa do Consumidor, aqui colacionada, os interesses coletivos são aqueles atinentes a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se inter-relacionam por uma situação coincidente de origem jurídica, da qual o objeto em discussão é indivisível.¹²⁶

Ou seja, os direitos coletivos se assemelham aos difusos na medida em que ambos têm objeto indivisível. Entende-se por essa indivisibilidade que, em não sendo possível mensurar com exatidão o dano sofrido por cada indivíduo separadamente, o produto de eventual condenação não será remetido às vítimas, mas sim a fundos criados com esse fim específico¹²⁷ - Fundos de Defesa de Direitos Difusos -, sendo um no âmbito federal e outro estadual.

Insta salientar que, sempre que possível esses valores devem ser destinados à reparação do bem lesado. Entretanto, quando isso for inviável, o valor da condenação será destinado a fins que se relacionem com o próprio objeto da ação, seja a título de preservação ou restauração.¹²⁸

¹²⁶ BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81, parágrafo único, inciso II: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹²⁷ BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 13, caput: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 567.

Por fim, cumpre destacar que os direitos coletivos se distinguem dos demais interesses metaindividuais porque são determinados por uma origem jurídica comum entre os sujeitos afetados, de que são exemplo as relações contratuais.

3.1.3. Direitos Individuais Homogêneos

Essa última categoria de direitos metaindividuais, os individuais homogêneos, abrange indivíduos determinados ou ao menos determináveis, ligados entre si por uma origem comum que, assim como nos direitos difusos, normalmente decorrem de circunstâncias de fato.¹²⁹

Os prejuízos sofridos nesses casos são divisíveis e esta é a particularidade dos direitos individuais homogêneos. Conseqüentemente, a reparação das lesões individuais ocorre não por intermédio de um fundo, mas diretamente aos lesados, na proporção de seus prejuízos ou, quando não for possível mensurá-los, divide-se o produto da condenação em quantos habilitados lesados existirem.¹³⁰

Em se tratando de direitos individuais homogêneos é comum ainda que ocorra uma das situações a seguir expostas: (1) quando do ajuizamento da ação civil pública, algumas pessoas, individualmente, já tenham ingressado com demandas contendo o mesmo objeto; (2) já em andamento a ação civil pública, haja o subsequente ajuizamento de ações individuais conexas.

Quanto ao primeiro caso, aqueles que demandaram individualmente podem intervir como litisconsortes na ação civil pública ou coletiva. Já no que se refere à segunda situação, para que as vítimas individuais se beneficiem de todos os efeitos decorrentes da coisa julgada na ação civil pública, é preciso que não tenham em andamento litígio individual,

¹²⁹ BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81, parágrafo único, inciso III: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 574.

ou tenham-no suspenso até 30 dias após o conhecimento da ação coletiva, nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.¹³¹

Finalmente, ressalva-se que as indenizações por prejuízos diferenciados, como lucros cessantes ou danos emergentes, serão particularizados de acordo com a situação de cada indivíduo lesado, independentemente da ação coletiva que corre em separado.¹³²

3.2. O instituto

A ação civil pública é o instrumento jurídico utilizado na defesa dos interesses metaindividuais/transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sendo peculiar desde a sua elaboração até a decisão, que por ter efeito *erga omnes*, assume também um caráter político.

Esse instrumento vem se destacando por propiciar que direitos que já existem no papel venham a ser efetivados, ou ao menos levados a juízo, onde serão apreciados. Tornaram-se, pois, merecedores de uma atenção jamais dedicada a eles anteriormente - não por faltar importância, mas pela carência de método e coragem para discutir questões grandiosas como as que ele suscita.

Nesse sentido discorreu Hugo N. Mazzilli:

“Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente por meio do processo coletivo”.¹³³

Imperioso destacar que, acima de tudo, a ação civil pública proporciona acesso à justiça sem discriminar categorias de legitimados, seja na qualidade de parte, seja na

¹³¹ BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 104, caput: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274.

¹³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

qualidade de cidadão, por sua posição social menos favorecida ou total desinformação. A ação civil pública é um instrumento democrático.

Esse entendimento se perfaz sobre o ideal de que a garantia de acesso à justiça, constitucionalmente prevista, se dirige tanto às tutelas individual, como coletiva, “[...] o que significa que, tanto o acesso individual como o acesso coletivo não podem ser obstados ou lesados”.¹³⁴

Ademais, esse instrumento foi formalmente introduzido em nosso ordenamento jurídico pela lei 7.347/85¹³⁵, a famosa Lei da ação civil pública. Posteriormente, discorreram também acerca de temas referentes à ação civil pública o Código de Defesa do Consumidor, que data de 11 de setembro de 1990¹³⁶, a MP 2.180-35/2001¹³⁷ e a lei 10.257/2001¹³⁸.

E foi o Código de Defesa do Consumidor quem detalhou o objeto de estudo das ações civis públicas - os interesses transindividuais - sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis.¹³⁹

É nesse viés de instrumento coletivo que a ação civil pública – preponderantemente condenatória - se assemelha a institutos como o mandado de segurança coletivo (os legitimados defendem, restritivamente, os interesses de seus membros) e a ação popular (o cidadão é o legitimado ativo e a matéria é limitada) – com finalidade desconstitutiva e condenatória.

Assim como os citados institutos, a ação civil pública preza pelo princípio da economia processual. A esse respeito, Hugo N. Mazzilli afirma que as vantagens em se agrupar várias demandas em uma única se estendem a partes e julgador. Os primeiros vêm a lide solucionada de maneira uníssona, sem prestigiar uma ou outra parte, o que lhes assevera

¹³⁴MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251.

¹³⁵BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹³⁶BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹³⁷BRASIL. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹³⁸BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹³⁹BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

uma verdadeira segurança jurídica, diferentemente do que ocorre quando as ações são desmembradas. Por outro lado, e como consequência disso, o órgão julgador conquista a confiança e credibilidade dos cidadãos.¹⁴⁰

Ademais, fatores como a ampliação do rol de legitimados e da abrangência das matérias tuteladas pela ação civil pública – matérias tratadas a seguir - também fizeram dela um instrumento diferenciado e essencial ao contexto social, político e jurídico hoje experimentado.

3.3. Cabimento

Dar efetividade a direitos básicos como à saúde e à educação ainda é prioridade atualmente, mas nem por isso podemos deixar de começar a dar a importância devida a outros direitos, que poderão perecer no tempo se permanecerem desamparados.

A necessidade de se valorizar novas categorias de pessoas e outros bens se faz tão presente nos dias de hoje que foi criada, para atendê-los, a ação civil pública - instrumento dedicado à proteção de tais interesses que, no futuro, farão a diferença no nosso país, que cada vez mais vem se tornando um expoente mundial.

Dentre as categorias de pessoas especificamente tuteladas, agregadas por semelhanças que as tornem de alguma forma fragilizadas ou oprimidas, podemos destacar as mulheres, as crianças e os adolescentes, os idosos, os portadores de necessidades especiais, os consumidores, os investidores no mercado de valores imobiliários, os contribuintes e, finalmente, os grupos étnicos e demais minorias.

São históricas as diferenças entre homens e mulheres e, nesse contexto, a ação civil pública vem sendo um instrumento capaz de minimizá-las. É importante destacar, que outros atos vêm consolidando os direitos da mulher, de que é exemplo a Lei Maria da Penha¹⁴¹, que combate a violência doméstica – se estende a idosos, crianças, adolescentes,

¹⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 52.

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

portadores de necessidades especiais, mas atende principalmente às mulheres, que são as maiores vítimas desse tipo de violência. Recentemente discutida sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, esta lei foi recepcionada pela Suprema Corte e está em plena vigência em nosso ordenamento.

Em busca da defesa da criança, do adolescente e do jovem, algumas medidas vêm sendo adotadas nos últimos anos para consolidar seus direitos. A Constituição Federal institui que têm o dever de zelo a família, a sociedade e o Estado¹⁴² – que muitas vezes se faz presente na atuação do Ministério Público, que deve estar presente sempre que for discutida questão que envolva um menor, por serem seus direitos indisponíveis.¹⁴³ Além disso, em 1990 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁴, com normas específicas a essa categoria. Nesses casos, a ação civil pública se faz importante em situações como a garantia de vagas em escolas e creches e do aleitamento materno; e no combate a propagandas abusivas, o que atinge inclusive aquelas crianças que têm um lar com todos os bens materiais de que necessitam.

Não apenas os jovens, mas também os idosos devem ser protegidos. Essa camada social hoje expressiva continua em plena ascensão, graças às condições de vida que melhoraram muito nos últimos tempos, o que vai desde os avanços da Medicina até a melhora nas condições sanitárias e de trabalho, hoje devidamente normatizado. A tutela dos idosos – também amparados por um estatuto¹⁴⁵ - em muito se aproxima da dos portadores de necessidades especiais, pois, assim como eles, também têm muitas limitações físicas e mentais.¹⁴⁶ O que o Estado faz, por intermédio da ação civil pública é tentar diminuir as diferenças, compensando juridicamente quem fica à margem da sociedade.¹⁴⁷

¹⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988), art. 227, *caput*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 712.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 54, inciso I. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 733.

¹⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 734.

As pessoas com deficiência, por sua vez, seja física ou mental, sofrem, além de tudo, com o preconceito social.¹⁴⁸ Elas são exemplo de marginalizados que lutam principalmente por aquilo que se convencionou chamar acessibilidade,¹⁴⁹ ou seja, formas que as permitam ser independentes. Ainda quanto a essas pessoas, “[...] o Ministério Público não atua apenas em ações que versem interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, mas intervirá em qualquer ação em que sejam partes”.¹⁵⁰

A categoria dos consumidores foi uma das primeiras a ser formalmente reconhecida como titular de direitos metaindividuais. Sua tutela se justifica por serem a parte mais frágil da relação de consumo, o que ficou materializado com a criação do Código de Defesa do Consumidor¹⁵¹, que trouxe também normas gerais para esses direitos. A esfera de proteção dessa categoria vai desde a sua potencialidade como consumidor diante de propagandas abusivas e enganosas até uma possível rescisão contratual, digna de reparação por parte do fornecedor, a outra parte nessa relação.

Em outras relações também é aparente o desequilíbrio entre as partes e sempre a mais frágil delas será protegida frente à outra. É o que acontece entre o mercado de valores mobiliários e os investidores. Estes serão tutelados pela ação civil pública, tendo em vista que “[...] convém à coletividade o zelo pelo funcionamento hígido das empresas e da economia de mercado, o que leva ao desenvolvimento social do sistema, com a geração de empregos e riqueza”,¹⁵² por exemplo, o que representa um interesse coletivo (*lato sensu*).

De forma semelhante, Fisco e contribuintes também apresentam uma relação desequilibrada. No entanto, neste caso, especificamente, o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 foi acrescentado pela MP 2.180-35, veda a utilização da ação civil pública “[...] para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

¹⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 686.

¹⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 696.

¹⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 691.

¹⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 81. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2012.

¹⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 708.

É o que acontece entre Fisco e contribuintes; Os contribuintes serão beneficiados pela ação civil pública porque estão em desvantagem frente ao Fisco, que lhe impõe os tributos.

Por fim, dentre as categorias freqüentemente lesadas e marginalizadas e, por esse motivo, legitimamente resguardadas pela ação civil pública, ressaltamos os grupos étnicos e as minorias. Assim como se posicionou Hugo Nigro Mazzilli, acreditamos que o preconceito hoje, no Brasil, é social e não racial, devendo aquele ser reparado em detrimento deste.¹⁵³ O que agrava o problema do acesso à justiça e aos direitos básicos é essa exclusão sociocultural que está associada com os índices de miséria e pobreza e não à etnia dos indivíduos.¹⁵⁴

Cientes da existência e importância de cada uma dessas categorias de sujeitos, passaremos agora a analisar os bens que também são contemplados pela ação civil pública por sua expressividade no contexto atual e para as futuras gerações.

O meio ambiente é, sem dúvidas, dentre os bens tutelados pela ação civil pública aquele de repercussão mais estrondosa, seja no âmbito nacional ou internacional.

São crescentes as manifestações defensivas desse bem, seja por organizações ou pessoas individualmente dedicadas a essa causa. Até mesmo a Organização das Nações Unidas vem desenvolvendo um papel importante nessa área e os próprios países têm se organizado em eventos como foi a Rio +20, realizada 20 anos após sua primeira edição para rediscutir temas em destaque no contexto atual, avaliar os avanços realizados nesse lapso temporal, bem como apresentar novas propostas para a defesa do meio ambiente nas próximas décadas.

Recorrentes também são as questões que suscitam o binômio avanço econômico e defesa dos recursos naturais. A título de exemplo elencamos a construção de hidrelétricas, que são importantes para a produção energéticas de países em crescimento econômico acelerado como o Brasil, mas que por outro lado, representam uma devastação

¹⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 753.

¹⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 753.

enorme em razão do alagamento de grandes áreas para represamento de água. Para manter o equilíbrio entre essas relações, é que se fala hoje em desenvolvimento sustentável.

É em casos como esse, em defesa do meio ambiente, que se ingressa com ação civil pública, na qual figurará no pólo ativo qualquer um dos legitimados à ação civil pública e no pólo passivo, o poluidor, pessoa física ou jurídica. O objeto tutelado neste caso é o valor ético, que informa o convívio humano e não, como se pode inferir, os animais, as plantas e os demais recursos naturais, porque eles não são titulares de direito, mas sim objeto.¹⁵⁵

A defesa da ordem urbanística, assim como a defesa ao meio ambiente também age em conformidade com o ideal de sustentabilidade.¹⁵⁶ Consiste, especificamente, em coordenar o crescimento das cidades às capacidades do ambiente, de forma que um não prejudique no avanço do outro. Para tanto, deve-se prezar pelo adequado “[...] uso da propriedade urbana em prol do da coletividade, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.¹⁵⁷

Um outro bem passível de ser tutelado pela ação civil pública, em razão de sua grandiosidade, é o patrimônio cultural, que representa o “[...] conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente”.¹⁵⁸ Por englobar interesses de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e arqueológico,¹⁵⁹ são passíveis de proteção pela Lei de Ação Civil Pública¹⁶⁰.

O patrimônio cultural recebe da Administração uma forma especial de proteção por meio do tombamento, que nada mais é que uma declaração “[...]destinada a impedir modificações ou destruição de um bem de valor cultural”.¹⁶¹ Pode-se, então, fazer uso

¹⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

¹⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 727

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 727.

¹⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº 4.717/65, de 29 de junho de 1965, art. 13, *caput*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 240

da ação civil pública para pleitear que um bem não sofra modificações, mas, não é preciso que ele esteja tombado para que seja digno de proteção via ação civil pública.

O patrimônio público, por sua vez, é gênero do qual é espécie o supramencionado patrimônio cultural¹⁶² e bem como aquele, é passível de proteção nos termos da Lei de Ação Civil Pública¹⁶³. Cumpre destacar aqui, a moralidade administrativa, esperada dos servidores e órgãos públicos como um todo.

Por fim, ressaltamos a defesa da ordem econômica e da economia popular. São interesses defendidos nesse âmbito: a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, os direitos dos consumidores.¹⁶⁴ Nessa seara, a ação civil pública pode atuar, por exemplo, executando os julgados do CADE, bem como os compromissos de cessação de atividade, tomado por essa mesma entidade.¹⁶⁵

3.4. Legitimados à propositura

A ação ajuizada com o fito de defender interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos pode se realizar com qualquer rito, devendo ser utilizado aquele que melhor atenda as necessidades do caso concreto.¹⁶⁶ Essa flexibilidade também é observada quanto às ações e aos legitimados à propositura da ação civil pública.

De acordo com o art. 5º, da Lei 7.347/85, compõem o rol de legitimados ativos o Ministério Público; a Defensoria Pública; União, estados, Distrito Federal e municípios; autarquias (inclusive aquelas em regime especial, como é o caso das agências reguladoras); fundações; sociedades de economia mista; as associações que, concomitantemente estejam constituídas há pelo menos 1 ano e tenham como finalidade

¹⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195.

¹⁶³ BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 721.

¹⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 725.

¹⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

institucional tema compatível com a defesa coletiva que deseja pleitear (pertinência temática).¹⁶⁷

A OAB, entidade com natureza jurídica *sui generis*, também é legítima para ajuizar ação civil pública, desde que dentro da sua área de atuação.¹⁶⁸

Algumas entidades civis, de que são exemplo as associações, partidos políticos e os sindicatos, podem igualmente mover um processo coletivo, desde que também se atenham a sua área de atuação.¹⁶⁹ Interessante notar, neste caso, que, apesar de se tratar de uma substituição processual (defesa em nome próprio de direito alheio), poderão ser atendidos, indistintamente, sindicalizados e não sindicalizados.¹⁷⁰

Isso se explica porque “[...] a legitimação extraordinária ou especial dá-se em proveito da efetividade da defesa do interesse violado”.¹⁷¹ Ou seja, esse tipo de estratégia é adotada para facilitar a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e assim, garantir que sua proteção se perfaça da melhor forma possível.

Porém, dentre todos esses legitimados, merece destaque o Ministério Público, por ser ele parte, por excelência, na ação civil pública, constando do rol de legitimados desde a primeira configuração desse instrumento.

Em que pese sua atuação originária nas ações penais, no âmbito cível, em especial na ação civil pública, o Ministério Público atuará sempre, seja como parte, seja na função de fiscal da lei.

A participação no processo como *custus legis* se justifica pela complexidade das questões discutidas nesse tipo de ação, que reflete interesses de várias pessoas que dificilmente atuarão diretamente no processo, mas mesmo assim desejam ver seu interesse defendido de forma respeitável.

¹⁶⁷BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 5º. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁶⁸MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

¹⁶⁹MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 334.

¹⁷⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343.

¹⁷¹TROCKER, Nicolò, 1976, apud MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

Por outro lado, “[...] a atuação protetiva do Ministério Público explica-se por garantir acesso à Justiça, caso contrário, inúmeros interesses transindividuais, embora possam ter pequena expressão individual, no seu conjunto podem ter larga abrangência social e acabariam ficando sem efetiva proteção jurisdicional”.¹⁷²

Cabe ainda ao Ministério Público assumir a ação civil pública no caso de desistência pela parte que a propôs. Caso, entretanto, ele julgue desnecessária essa atuação, diferentemente do que acontece em sua atuação nos processos criminais, ele também poderá desistir da ação.

É possível ainda que haja concorrência de legitimados, seja na forma de litisconsórcio ativo inicial ou, se a ação já foi proposta, litisconsórcio ulterior (com aditamento da inicial); ou assistência litisconsorcial (causa de pedir e pedido se mantêm).

Para completar a relação processual na ação civil pública, figurará no pólo passivo qualquer pessoa, física ou jurídica, que tenha sido responsável por causar uma lesão a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

A ação restará pronta para ser ajuizada, devendo ser proposta no foro do lugar do dano, quando este for local. Quando a ação tiver caráter regional ou nacional, entretanto, deverá ser ajuizada na capital do estado ou no Distrito Federal.

3.5. Caráter político

A ação civil pública, conforme a conceituamos, é o instrumento jurídico utilizado na defesa dos interesses metaindividuais, sendo peculiar desde a sua elaboração até a decisão que, por ter efeito *erga omnes*, assume também um caráter político.

Essa característica de a sentença ter efeito contra todos possibilita o acesso à justiça de forma ampla, ou seja, mesmo sem intervir diretamente no processo, uma pessoa pode ser beneficiada com os seus resultados.

¹⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 708.

Dessa forma, rompem-se os mais diversos obstáculos ao acesso à justiça, inclusive aquele que é o mais complexo deles, qual seja, o problema do desconhecimento do direito.

Além disso, é evidente que um processo coletivo surte um efeito muito maior no mundo jurídico que uma demanda individual, o que reflete, muitas vezes, em uma maior chance de obter êxito ao final.

A ação civil pública cumpre ainda com o enunciado de que “[...] todos os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas merecem tutela coletiva para acesso à Justiça, e não apenas tutela individual”.¹⁷³ E, por se tratar de interesses de várias pessoas, atendidos de uma só vez, a repercussão dessa decisão toma dimensões que interferem diretamente no campo político.

É o caso, por exemplo, das ações que têm como pedido a concessão de leitos de UTI na rede privada, por falta de vagas nos leitos públicos. O Estado, que deveria prover serviços na área de saúde de forma efetiva, não o fazendo, deve arcar com os custos de atendimento semelhante em hospitais privados. Todo o montante gasto anualmente para atender tal tipo de demanda, o que geralmente se resolve com uma simples liminar, poderia ser aplicado na construção de novos leitos, o que dirimiria o problema na sua origem.

Acontece que, em meio à falta de planejamento e corrupção, os valores destinados a áreas como saúde, educação e cultura acabam sendo desviados e resta aos cidadãos recorrer ao Judiciário para ter atendidas suas necessidades em situações emergenciais.

Quantias vultosas são então despendidas em liminares e processos, o que repercute diretamente no orçamento público e abala, assim, as relações políticas. Neste sentido é que “[...] a ação civil pública vem se tornando o meio processual mais importante para a juridicização de demandas coletivas pela realização de direitos assegurados pela ordem social constitucional”.¹⁷⁴

¹⁷³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

¹⁷⁴ FRISCHEISEN, Luiza C. Fonseca, 2000, p. 115ss., 126s., apud KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)campos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104.

Em suma, pode-se dizer que o ativismo judiciário assume hoje um papel diferente e essencial quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais, situação esta acentuada pela “[...]enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos”.¹⁷⁵

3.6. Efetivação dos direitos fundamentais sociais por intermédio da Ação Civil Pública

Os direitos fundamentais sociais, aos quais foi dedicado o primeiro capítulo deste trabalho, são formalmente determinados no mundo jurídico, mas carentes de efetividade na prática. Por conseguinte, restam desamparados muitos dos indivíduos que socialmente são aqueles que mais necessitam desses direitos, na forma de serviços, para poderem ter uma vida digna. Afinal, nos dias de hoje, não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem saúde, educação, trabalho, cultura, etc.

E foi exatamente por meio do reconhecimento dos direitos sociais que “[...] surgiram – ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem outras qualificações – novos personagens como sujeitos de direito”.¹⁷⁶

Essas novas categorias de sujeitos de direitos, juntamente da noção de direitos metaindividuais embasaram o surgimento da ação civil pública, com o propósito de ampliar o acesso à justiça para, por meio dela, promover aqueles direitos que dificilmente são implementados, como é o caso dos direitos sociais.

A começar pelo próprio problema do acesso à justiça, a ação civil pública supre, inclusive, os mais difíceis óbices à sua obtenção. Devido à impessoalidade dessas ações e pela figura da substituição processual, muitos indivíduos são beneficiados das conquistas obtidas por esse meio – amplitude da ação civil pública - sem sequer saber do que tratam, importando-lhes as consequências advindas desse processo, que afeta a todos.

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 70.

¹⁷⁶ BOBBIO, BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

Além de superar o problema do desconhecimento do direito, com a ação civil pública restam também suprimidos os problemas dos gastos com honorários e custas processuais, o que muitas vezes impede que pessoas hipossuficientes litiguem em processos regulares.

Ademais, “[...] a ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos observados na Constituição”.¹⁷⁷

Este aspecto é crucial para que ocorra a implementação dos direitos sociais, pois, uma vez formalmente estabelecidos, deduz-se que o que leva à sua inoperabilidade é uma questão política, enraizada na falta de comprometimento com aqueles que necessitam de amparo em áreas prioritárias como saúde e educação.

No caso desses dois direitos sociais básicos – saúde e educação – vislumbra-se no contexto atual que muitas vezes são amparados de forma eficiente pela ação civil pública. Um estudo recente revela que, principalmente na seara da educação, vem se fazendo uso desse instrumento, enquanto que na área da saúde, ainda prevalecem os processos individuais:

“Os padrões que emergem do total de cinco estados e das duas Cortes Supremas, revelam duas tendências gerais. A primeira é uma espantosa simetria entre um grande número de casos referentes à saúde e um número comparativamente pequeno de casos de direitos educacionais: em um mesmo período de tempo, nos mesmos tribunais pesquisados, o universo total de casos estudados comportou 96% de saúde e 4% de educação. A segunda tendência sugere, inversamente, que os casos de educação, embora menos abundantes, podem ter um maior impacto, já que os casos de ações individuais de direitos de saúde predominam sobre os casos de ações civis públicas de direitos educacionais. Somente 2% dos casos de saúde são coletivos, ao passo que 81% dos de educação constituem reclamações coletivas, constatação que deve ser relativizada com o fato de existirem poucas ações individuais sobre direito à educação e muitas sobre direito à saúde”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

¹⁷⁸ HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 391.

Extraí-se desse mesmo estudo que, na maioria das vezes, as ações coletivas em prol da educação vêm obtendo bons resultados.¹⁷⁹

Em relação aos demais campos de possível atuação da ação civil pública, deve-se, em primeiro lugar, mapear os problemas e criar um ambiente propício a sua implementação. A esse respeito, observou Mancuso que “[...] a ânsia de modificar incessantemente a lei – tão sensível, nos últimos anos, no campo processual – cresce na razão inversa de nossa disposição para pesquisar a realidade com critérios técnicos”.¹⁸⁰

É preciso, pois, sistematizar a aplicação da ação civil pública para que ela obtenha os objetivos desejados, posto que ela “[...] é ainda, o único meio eficiente previsto em nosso Direito para garantir que todos os lesados possam ver submetidas suas pretensões ao Judiciário”,¹⁸¹ como garantia constitucional.

Por outro lado, como bem salientou Mauro Capelletti: “Class actions e ações de interesse público, no entanto, exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem”.¹⁸²

É importante também que se saiba exatamente o que pedir nessas ações, com a consciência de que as decisões proferidas em decorrência dela terão efeitos *erga omnes*, afetando diretamente a população¹⁸³.

Essa delimitação formal é imprescindível também para determinar até que ponto deve agir o Poder Judiciário, sem estimular cada vez mais a judicialização da política, mas usando-a moderadamente, já que a ação civil pública é, hoje, o melhor instrumento para a composição direito e política na defesa dos direitos fundamentais sociais.

¹⁷⁹ HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 407.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

¹⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 768.

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 61

¹⁸³ WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para sua correta fixação. In: MILARE, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 506-507.

CONCLUSÃO

A correlação entre Direito e sociedade e a importância daquele para esta é cada vez mais notável, resultado de um ativismo judicial que oferece benefícios, mas também suscita muitas dúvidas.

Se antes havia maior fidedignidade quanto à ideia de separação dos Poderes, hoje, a situação é diferente, sendo difícil estabelecer até onde vai a atuação de um Poder e onde começa a do outro.

Nesse sentido, percebe-se, atualmente, que o Legislativo tem tido suas funções muitas vezes desempenhadas pelo Executivo, que, por conseguinte, se vê limitado ao exercício de suas atribuições na forma imposta pelo Judiciário. Este, por sua vez, vem atuando inclusive em relação a matérias que nunca foram afetas à área jurisdicional, mas sim política.

Com isto não estamos negando, todavia, o caráter político que sempre haverá de existir nas decisões judiciais, até mesmo porque cada juiz decidirá, inevitavelmente, conforme sua moral, as informações que ele experimentou ao longo de sua vida e também suas convicções políticas, que serão expostas, ainda que indiretamente.

O que se questiona, no entanto, é o fato de o Judiciário estar ampliando seu poder e sua influência política de forma desmedida e destemida. Vê-se, por exemplo, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assumirem um caráter absoluto, prevalecendo sobre o sentido da norma proposto pelo legislador originário.

Porém, até que subverta uma nova ordem jurídica, o Poder Legislativo é quem, por excelência, por determinação constitucional, deve criar normas. O papel que ainda cabe ao Judiciário é o de resolver as lides com relevância para o mundo jurídico e determinar a aplicação de medidas coercitivas que prezem pelo convívio harmônico dos indivíduos em sociedade.

Afora isso, oportunamente, reconhecemos também que, em vias de concretização dos direitos fundamentais sociais, o Judiciário vem sendo essencial na obtenção de êxito, seja compelindo o Poder Público a conceder, nos casos concretos, os referidos direitos - na forma de prestações de serviços públicos - ou atuando como verdadeiro administrador e interferindo em questões políticas e administrativas.

Ocorre que, ao Poder Judiciário - ainda que dessa forma esteja realizando um trabalho de grande valor social – falta legitimidade para atuar politicamente. E, tratar de direitos fundamentais sociais implica, necessariamente, na discussão acerca de políticas públicas e das estratégias a serem tomadas pelo Poder Público.

É exatamente por isso – por se tratar de direitos fundamentais sociais, que são mais dificilmente implementados por exigirem do Estado uma prestação positiva, o que demanda planejamento, recursos e muito comprometimento - que se nota nessa seara, com maior facilidade, esse ativismo judicial.

Ou seja, o mero reconhecimento formal dos direitos fundamentais sociais não é, por si só, suficiente para que a população seja contemplada com medidas que propiciem o seu bem-estar social. Faz-se necessária uma provocação do Judiciário para que ele determine o cumprimento de certas medidas por parte do Poder Público, a fim de que este promova, na prática, a efetividade desses direitos.

E se o fim é a concretização dos direitos fundamentais sociais, os meios, por ora, não são o aspecto mais relevante dessa relação. Os indivíduos anseiam por ter seus direitos efetivados, independentemente de quem ou quais medidas foram adotadas para que isso ocorresse.

Dessa forma, se o Poder Público sozinho não consegue proporcionar efetividade aos direitos fundamentais sociais, que o faça com a intervenção do Judiciário, a fim de que sejam ampliadas as possibilidades de ver tais direitos garantidos.

Para que isso ocorra, faz-se necessária também uma ampliação das portas de acesso (e de saída) à justiça, para que, por intermédio dela, se atinja, com maior proficiência, direitos básicos como à saúde e à educação. Consequentemente, surge um outro problema mediante essa popularização do acesso à justiça, qual seja, um maior incentivo ao ativismo judicial.

Tendo isso em vista, ressaltamos que essa intervenção do Judiciário deve ser tratada como uma medida excepcional, porém necessária, mas que a longo prazo deverá ser desestimulada, de forma que os Poderes possam se auto-regular e cada um exercer as funções que lhe foram imputadas, de acordo com a legitimidade que receberam para o respectivo exercício.

É por isso que hoje, à vista das teorias do substancialismo e do procedimentalismo, devemos buscar um meio-termo entre elas. Nem podemos admitir que o ativismo judicial prevaleça nas ações de efetivação dos direitos fundamentais, nem impor que o Judiciário exerça um papel meramente secundário, pois, dessa forma, não restariam concretizados muitos desses direitos que dependem, no contexto atual, desse Poder para sua satisfação.

Neste contexto - de se assegurar uma situação equilibrada – é que ingressa a ação civil pública. Apesar de ser este um instrumento voltado para a obtenção de direitos de 3ª geração, para os quais percebemos uma melhor adequação, também se mostra eficaz quanto à concretização dos direitos aqui tratados, de 2ª geração.

A ação civil pública é especialmente notória por ser uma modalidade formalmente jurídica, mas que, por assumir proporções grandiosas, gera, indiretamente, repercussão política, já que suas decisões se estendem a todos. Em outros termos, esse instrumento é o mais indicado para a composição política e Direito.

Dessa forma, uma vez que o Judiciário inevitavelmente vem atuando no processo de concretização dos direitos fundamentais sociais, melhor que o faça por vias legítimas e com limites assegurados, como o faz por intermédio da ação civil pública

Estabelecidos alguns limites entre essas duas esferas – política e direito -, concluímos que a atuação conjunta delas é imperiosa para a concretização dos direitos fundamentais sociais, os quais ainda carecem de efetividade jurídica, mas que são, hoje, foco do debate dos diversos Poderes, que vêm reunindo esforços a fim de torná-los acessíveis a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EINSENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

HOFFMANN, Florian F. & BENTES, Fernando R. N. M.. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional desamparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, da Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas: cuidados necessários para sua correta fixação. In: MILARE, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.